

PREMESSA

«Tutti sono a favore della “trasparenza”, ma troppa popolarità rischia di privare il termine di un significato preciso¹».

Quanto asserito da Jakob Söderman, primo Mediatore europeo ed autore di numerosi saggi, costituisce il punto di partenza e, al contempo, la sintesi del presente elaborato, il cui fine è ripercorrere il cammino giuridico del principio di trasparenza della pubblica amministrazione.

Verranno esaminati la strettissima correlazione tra tale principio e la fiducia riposta dai cittadini nell'azione amministrativa e, di riflesso, negli amministratori, nonché il trinomio trasparenza-pubblicità-accesso, evidenziando come la trasparenza sia mezzo e fine dell'azione amministrativa e, pertanto, non possa esaurirsi nella sola fase procedimentale, ma accompagni necessariamente l'operato amministrativo in ogni sua fase. Il principio di trasparenza è, infatti, momento essenziale di partecipazione dei privati cittadini alla vita pubblica e sociale dell'ente ed ha lo scopo di rendere conoscibili e, ancor più, comprensibili dal singolo cittadino secondo diligenza media le sue attività, sì da poter effettivamente svolgere un controllo sull'operato dell'ente, in linea con i dettami costituzionali.

Specularmente, si valuterà anche il valore dello stesso “dato” quale informazione *open*, a totale disposizione di chiunque alimenti un interesse nel consultarlo. La gestione e la combinazione dei dati detenuti presso le singole amministrazioni, come anche aggregati in banche dati solo parzialmente elaborate, consentono infatti di contemperare due necessità distinte e contrapposte: il crescente fabbisogno di conoscenza e la garanzia alla riservatezza. Se da un lato il singolo, partendo da dati accessibili, è in grado di costruire diversi modelli conoscitivi e interpretativi, in virtù delle molteplici combinazioni a cui gli stessi si prestano, dall'altro emerge la necessità di garantire la riservatezza dei controinteressati, di pari grado rispetto alla suscettibilità del dato in sé di rivelare informazioni sensibili del titolare. Si tratta di due diritti

¹ Rapporto FIDE, 1998, *Everyone is in favour of 'transparency', but too much popularity risks depriving the term of a precise meaning.*

contrapposti, ma che allo stesso tempo incontrano nel diritto di accesso limiti e possibilità.

Resta da chiedersi, in conclusione, quale sia il reale grado di *openness* alle informazioni finora posto in essere dalla pubblica amministrazione e, di converso, se i cittadini italiani siano “pronti” all’apertura totale, sapendone cogliere l’immenso potenziale. Come si evincerà, infatti, il contesto socioculturale di un popolo gioca un ruolo cruciale nell’interpretazione ed interazione dello stesso con i diversi concetti che, pur fungendo da corollario all’azione amministrativa, rischiano di rimanere privi di un vero significato e di un’applicazione altrettanto certa.

CAP. 1

LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA

1.1 Il principio di trasparenza

Nella più recente accezione, la trasparenza viene intesa come l'accessibilità da parte del cittadino alla totalità dei dati e documenti rinvenibili presso le pubbliche amministrazioni. Essa, pertanto, rappresenta un principio cardine dell'azione amministrativa, al fine di tutelare i diritti dei cittadini, nonché promuoverne la partecipazione ed il controllo funzionale sulla gestione delle risorse impiegate all'interno degli uffici della pubblica amministrazione stessa.

Nel corso dei decenni si è sicuramente assistito ad un arricchimento del concetto di trasparenza, dapprima intesa come mera tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato che entra in contatto con l'amministrazione e, solo in un secondo momento, come finalità partecipativa del cittadino. In origine il principio, pur elevato a "principio generale" dell'azione amministrativa, rivestiva per l'appunto natura ancillare rispetto ai principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, senza ritagliarsi uno spazio giuridico autonomo.

In realtà, il c.d. "controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni" venne già posto come fondamento durante i lavori dell'Assemblea costituente². Alcuni sostennero infatti che sullo stesso esercizio pubblico vi dovesse essere un controllo esercitabile da chi è la fonte della sovranità e del potere, ossia il popolo. Invero, se il controllo sull'operato dell'amministrazione costituisce momento naturale dell'amministrazione, quest'ultima non può che essere assoggettata alla partecipazione dei cittadini, sia *ex ante*, che *in itinere*, per poi finalizzarsi *ex post*.

² Sul punto, con particolare riguardo all'art. 97 Cost., si veda *Le discussioni in Assemblea costituente a commento degli articoli della Costituzione*, (a cura di) Fabrizio Calzaretti, reperibile in: <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/03t3/s2/097/index.htm?art097-007.htm&2>

Tuttavia, la strada della “costituzionalizzazione” del principio di trasparenza venne abbandonata, ritenendo superflua la previsione di un intervento popolare in aggiunta a quello già esistente e riconosciuto al legislatore. Critico, al riguardo, Piero Calamandrei, Maestro insigne nel campo giuridico nonché politico, il quale aprì a spunti di riflessione sulla natura “sostanziale” della Costituzione italiana. Egli parlò di “incoscienza costituzionale”³, in riferimento ad alcuni elementi della Carta fondamentale che lo lasciavano molto scettico. Paragonò infatti la Costituzione ad una qualsiasi macchina che, una volta messa in moto, necessita di combustibile affinché possa continuare ad operare. Dal paragone emerge dunque che la Costituzione, quale mero “pezzo di carta”, abbisogna di interventi continuativi e attuativi per poter esplicare la sua fondamentale funzione. Indubbiamente, il suo pensiero sfociava in un necessario rifacimento ai principi impliciti derivanti dal testo costituzionale, con particolare riferimento all’art 97 Cost.

Il dettato costituzionale, nel disciplinare l’accesso mediante concorso ai pubblici uffici, nonché l’organizzazione di questi ultimi in ossequio al principio di legalità, pone la naturale necessità di assicurare a sua volta non solo il principio di buon andamento nell’erogazione dei servizi pubblici, rispondenti a criteri di efficienza e di economicità, ma ancor più la necessità di improntare l’azione amministrativa al principio di imparzialità, scevra dunque da logiche discriminatorie e parziali. Tali principi, pur non espressamente costituzionalizzati, necessitano di essere oggetto di forte interesse normativo. L’importanza verrà colta sempre più negli anni e ne deriverà una ricostruzione da parte del legislatore e della giurisprudenza al fine di offrire una partecipazione fattuale dei consociati all’operato della pubblica amministrazione.

Proprio in virtù della mancata costituzionalizzazione degli stessi, il legislatore, come si avrà modo di vedere, modellerà a più riprese il principio di trasparenza nella speranza di impartirgli una connotazione ben precisa. Le riforme che faranno seguito tenteranno, invero, seppur in maniera discontinua, di porre luce, in specie, sull’attività posta in essere dalla macchina amministrativa e, a tal fine, apporteranno correttivi a vantaggio di una profonda revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di

³ P. Calamandrei, *Incoscienza costituzionale*, in *Il Ponte*, 1952, poi in *Id.*, *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, 1996, 123 ss.

trasparenza, pubblicità e prevenzione alla corruzione, sicuramente ispirate al F.O.I.A. statunitense, definito quale «metro di paragone per la valutazione delle legislazioni nazionali in materia di trasparenza»⁴. Al contempo, diverrà ricorrente in dottrina l'affermazione secondo la quale il principio di pubblicità non si esaurisce in una determinata tecnica giuridica, bensì riassume, in una visione generalizzata, «un modo d'essere dell'Amministrazione»⁵.

Per comprendere meglio la vera essenza, nonché la genesi della trasparenza in senso lato, risulta utile rifarsi all'esperienza americana. Ogni profonda modifica apportata al FOIA muove, infatti, da contesti socio-giuridico-culturali ben delineati⁶, nei quali si rende presto necessario il concetto di *right to know* (diritto di sapere), collegato al *freedom of speech*, ossia il diritto di contestare e, in termini più generalisti, la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero muovendo dalla conoscenza acquisita. Il suo percorso, così come il diritto di accesso in Italia, fu molto altalenante. Lo stesso, istituito nel 1966, andò a sostituire il FAPA (*Federal Administrative Procedure Act*) del 1946 il quale, anziché favorire una politica di diffusione delle informazioni, come da intenzione iniziale, complice la sua formulazione molto vaga, finì per essere paradossalmente adoperato dalle agenzie governative federali allo scopo di perpetuare la tradizionale prassi del segreto. Inoltre, nella sua versione originaria il FOIA garantiva a chiunque ne avesse diritto il solo accesso ai *record*, peraltro sottoposto ad onerosi pagamenti al fine di disincentivare le stesse richieste e senza che vi fosse una previsione dei termini entro cui rispondere alle richieste di accesso, né sanzioni in caso di inosservanza della disciplina.

Il 31 marzo 1997 entrerà in vigore l'E-FOIA, che imporrà alle aziende federali di rendere disponibili tutta una serie di documenti *online* (c.d. *proactive disclosure*) modificando, al contempo, i termini e le procedure delle richieste di accesso, tentando

⁴ D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. pubb. com.*, 2016, 5, 1019.

⁵ R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528.

⁶ In particolare, rilevano: la fattispecie penale del "*crime of seditious libel*", contro ogni forma di parola rivolta presso un ufficiale o un'autorità pubblica (indipendentemente dalla sua fondatezza e veridicità) nonché lo scandalo del *Watergate* del 1975, sotto il governo Nixon.

di velocizzarne l'evasione. Pur non rappresentando l'ultimo traguardo normativo⁷, la riforma rileva per due questioni essenziali:

- l'accesso ai dati era reso nelle c.d. "*Reading Rooms*", nelle quali avrebbero dovuto essere disponibili tutti quei documenti già oggetto di richieste di accesso, poiché ritenute già espressione di interesse pubblico;
- la stessa muoveva dalla c.d. "*openness initiative*".

Quest'ultima è definibile come valore fondamentale per conseguire l'apertura e la trasparenza di qualsiasi idea che ricada nell'ambito delle scienze, anche socioeconomiche, finendo, di riflesso, per connaturare l'attività amministrativa.

L'atto di pubblicare viene inteso come un *quid pro quo*; tutti, cioè, dovrebbero essere in grado in egual misura di trarne beneficio. L'obbligo in capo all'autore della pubblicazione non si esaurisce nel mero rilascio dei dati e materiali, ma si sostanzia nel dover offrire ad altri soggetti l'opportunità di attingere ai risultati e soprattutto di comprenderli, sicché gli stessi possano costruirsi una personale teoria e avanzare una propria ricerca. È proprio in quest'ottica che il principio di trasparenza muoverà i suoi passi, al fine di raggiungere il massimo grado di apertura amministrativa, pur non scevro da problematiche e dubbi applicativi, a partire dalla definizione aprioristica e, a volte, acritica, assegnatagli in merito a modello di riferimento e, finanche, parametro per valutare l'adeguatezza, o meno, di altre, diverse soluzioni⁸.

⁷ L'ultima modifica, in ordine cronologico, si ha con il *FOIA Improvement Act of 2016*, firmato dal Presidente Obama il 30 giugno 2016. Per approfondimenti, si rimanda alla *Public Law No. 114-185*, rinvenibile sul sito governativo del Congresso.

⁸ Fra i tanti, M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.

1.2 La trasparenza quale strumento di sintesi tra efficacia e legalità

Prima della recente legislazione, la trasparenza poteva essere esaminata con riferimento a tre ambiti distinti⁹:

- il primo lo poneva come strumento valevole a garantire la credibilità e la fiducia di cui l'amministrazione deve godere presso i cittadini. Trasparenza e credibilità risultano estremamente correlate al principio Costituzionale di buon andamento degli uffici¹⁰;

- il secondo richiama più generalmente il principio di trasparenza, ascrivendolo come accessorio rispetto all'imparzialità e il buon andamento;

- il terzo, infine, risulta più sensibile al principio di efficacia dell'amministrazione, come risultato della razionalizzazione degli uffici e delle attività dagli stessi svolte, sicché ne possa derivare una regolare e continua azione amministrativa nonostante l'inevitabile mutare degli assetti economico-politici.

La tensione tra le tre distinte vedute verrà superata mediante la sintesi delle stesse, talché la trasparenza, da principio accessorio, diverrà lo strumento per dirimere il conflitto tra efficienza e legalità¹¹. Secondo tale visione, la trasparenza rappresenta mezzo e fine dell'azione amministrativa, in quanto strumento utile a garantire i diritti degli amministrati e, al contempo, utile alla stessa amministrazione per raggiungere

⁹ Corte cost., sentenze: 4 maggio 2005, n. 172; 17 marzo 2006, n. 104; 23 marzo 2007.

¹⁰ Corte cost., sentenza 4 maggio 2005, n. 172, cit., con riguardo alla legge regionale Veneto n. 4/2004, recante "Norme per la trasparenza dell'attività amministrativa regionale". Sul principio di credibilità della P.A., si veda anche *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014*: «Tutte o quasi tutte le grandi determinazioni amministrative finiscono per formare oggetto di impugnativa nelle nostre aule. Il che denota anzitutto la debolezza delle amministrazioni pubbliche, le quali non sono evidentemente in grado o, forse, non hanno la credibilità necessaria per assumere provvedimenti di una certa portata che restino incontestati dai rispettivi destinatari. Del resto, quello del funzionamento delle pubbliche amministrazioni è problema nazionale antico, più volte affrontato dal legislatore ma che tuttora appare largamente irrisolto».

¹¹ R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, passim.

più facilmente il principio di efficacia, poggiando sul principio di legalità ed abbandonando, così, il limite dell'alternatività tra gli stessi.

Il Consiglio di Stato, con parere del 9 giugno 2009¹², affermerà, poi, che agire legittimamente non significa necessariamente agire bene. Assumerà pertanto maggior vigore la concezione secondo cui «agire bene significhi agire legittimamente», facendo così perno sull'etica del funzionario pubblico. Egli è tenuto a rendere un “servizio” alla comunità in forza dello stesso art. 98 Cost., anche laddove generalmente si parli meramente di atti, che ricomprenderanno dunque tutti i documenti e le informazioni in senso lato, non necessariamente collegati ad un procedimento ma riguardanti in generale l'azione amministrativa. Il Consiglio di Stato, nello specifico, sempre nel succitato parere, fa notare la necessità di staccarsi dalla visione formale del principio di buon andamento in virtù dello stretto legame al principio di legalità, che fino ad allora aveva caratterizzato gli uffici e l'azione amministrativa, evidenziando come «la disciplina amministrativa si deve ispirare ad un criterio di congruenza e di non arbitrarietà rispetto al fine perseguito». Difatti, nella prassi del diritto amministrativo, l'applicazione del principio di buon andamento continua a configurarsi in maniera perfettamente aderente alla previsione costituzionale. Invero, la Carta costituzionale indica la legalità come strumentale all'efficienza.

La traduzione normativa di siffatto principio non può che porre il fianco a delle criticità in quanto l'efficienza è una nozione non giuridica, ma economica, finendo con lo «svilire il principio di buon andamento» e, al contempo, sostenere come «il mero rispetto della legge [sia] garanzia di risultato»¹³.

¹² Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, Adunanza 9 giugno 2009, parere n. 1943. Nel richiamato parere si legge: «Le ultime riforme hanno prepotentemente veicolato nel sistema amministrativo la concezione sostanziale del buon andamento, che si pone a fianco, e talvolta in attrito, con il principio di legalità. [...]. Lo sforzo del creatore di norme, così come quello dell'interprete, appare proiettato nel coordinare questi due principi, specie nella materia dell'organizzazione, dove maggiore è il peso che il valore economico del buon andamento sta assumendo, come tecnica di contenimento del debito pubblico, da tempo giunto a livelli di guardia, e fattore di produzione dell'attività amministrativa rivolta alla soddisfazione del cittadino».

¹³ Ivi, 3 e ss.

Interpretando, per converso, il dettato secondo una visione non prettamente giuridica, è possibile ricavare dalla legge n. 241 del 1990, pur non risolvendo le difficoltà sopra evidenziate, che l'economicità ed efficacia non sono principi ma «mezzi per attuare il dettato costitutivo», sicché all'amministrazione è consentito «realizzare solo il *quantum* di efficienza che non pregiudica il conseguimento dell'interesse pubblico e con le modalità previste dalla legge»¹⁴. Si dimostrerà così che efficacia e legalità non sono tra loro divergenti ma, anzi, sono due principi contemporaneamente perseguibili se ben amalgamati. Il soggetto erogatore dell'utilità (non più di servizi in senso stretto) è indotto a comportamenti virtuosi onde evitare di far ricadere il costo dell'inefficienza sull'utenza. Non solo il privato, che agisce per un tornaconto economico, ma anche l'erogatore pubblico, ancor più in quanto chiamato dalla stessa legge a realizzare l'utilità pubblica.

Tuttavia, occorre ravvisare come la legalità possa essere pienamente funzionale alla trasparenza solo ove il precetto normativo incentivi non solo il controllo *ex post* dell'azione amministrativa ma si impegni a valorizzare, altresì, la partecipazione *ex ante* dei consociati. Saranno questi ultimi a definire, o comunque influenzare, le scelte dell'amministrazione che ricadranno sugli stessi soggetti destinatari.

¹⁴ Cons. St., 9 giugno 2009, parere n. 1943 cit.

1.3 I più recenti provvedimenti normativi in materia di trasparenza

Procedendo a ritroso, l'ultimo passo normativo in materia di trasparenza è rappresentato da un istituto ispirato al *Freedom of Information Act*, di matrice statunitense, recepito nell'ordinamento italiano ed entrato in vigore il 23 dicembre 2016¹⁵. Lo stesso consente a chiunque di accedere a qualsiasi informazione posseduta da una pubblica amministrazione, senza dover muovere necessariamente da un interesse diretto. Risulta essenziale, tuttavia, che non vi sia un divieto, posto a tutela di interessi pubblici o privati tassativamente previsti dalla legge, in quanto suscettibili di pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni, andando così a temperare la regola della generale accessibilità¹⁶.

Il fenomeno della trasparenza amministrativa in realtà non è del tutto nuovo al nostro ordinamento poiché l'Italia, in qualità di Stato membro, risultava già sottoposta a crescenti obblighi di pubblicazione per effetto del recepimento delle diverse direttive dell'Unione europea. Ancor più stringenti risultavano i vincoli derivanti da organismi internazionali quali Onu e OCSE, ragion per cui parte della dottrina considera il nuovo istituto come sussidiario rispetto agli obblighi già previsti, al punto che taluni considerano le altre forme di accesso «destinate, col tempo, a divenire superflue» o quantomeno «marginali»¹⁷, in virtù proprio della sovrapposizione dei concetti.

L'applicazione del principio di trasparenza da parte del legislatore italiano fu, comunque, timida: fu previsto l'obbligo per le amministrazioni di pubblicare tutte quelle informazioni ritenute più rilevanti dallo stesso legislatore (c.d. *proactive disclosure*), non subito il FOIA, quale strumento di conoscibilità dell'azione amministrativa esigibile dal privato in favore di tutte le informazioni non coperte da

¹⁵ Il richiamo espresso si rinviene nella Relazione illustrativa al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza", correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in materia di "riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, p. 1.

¹⁶ Anac, Linee guida di cui alla delibera n. 1309/2016.

¹⁷ Su tutti, M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo - Il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 593.

riservatezza (c.d. *reactive disclosure*)¹⁸. La divulgazione amministrativa rimase così confinata negli ambiti tipizzati dalla legge, non già estesa a tutti quei casi in cui il privato cittadino desiderasse venire a conoscenza di atti o fatti concernenti la vita pubblica dell'ente, salvo che la legge disponesse diversamente.

Il ritardo del passaggio dalla *proactive* alla *reactive disclosure* è perlopiù imputabile a problemi di natura finanziaria; appare evidente che la seconda forma di divulgazione risulta molto più onerosa rispetto alla prima poiché, a fronte di una maggiore pretesa conoscitiva da parte del cittadino, si accompagna la concomitante necessità di ampliare la platea di soggetti legittimati ad elargire le informazioni richieste, nonché la conoscenza degli ambiti nei quali le pretese dei singoli possono essere accolte oppure diniegate in quanto contrastanti con il precetto legale. La “conoscenza amministrativa” continua pertanto ad essere somministrata dalla stessa amministrazione competente, mediante pubblicazione degli accadimenti della vita dell'ente di maggior rilievo. In verità, la trasparenza apparve attenuata sin dalla prima formulazione del diritto di accesso, coincidente con la previsione dell'accesso “documentale”. Il testo originario della l. 241/1990, all'art. 22, riconosceva la trasparenza dell'attività amministrativa come un canone da seguire al fine di assicurarne l'imparzialità di azione. Inoltre, riconosceva un diritto di accesso ampio a chiunque fosse titolare di un interesse, per la tutela di situazione giuridicamente rilevanti. Era pertanto consentita la pretesa del privato a visionare i documenti relativi alla propria sfera giuridica.

Si dovrà però attendere la legge 11 febbraio 2005, n. 15, per poter assurgere l'accesso documentale a principio caratterizzante l'attività amministrativa, al fine di «favorirne la partecipazione e assicurare l'imparzialità e la trasparenza». Rispetto al testo originario verrà, comunque, ristretto l'accesso documentale ai soli «soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale» nonché «collegato al documento al quale è chiesto l'accesso»; inoltre si richiede che l'interesse sia riconosciuto come meritevole di tutela

¹⁸ Sulla differenziazione sostanziale tra *reactive* e *proactive disclosure*, il Consiglio di Stato nel parere reso nell'adunanza di sezione 18 febbraio 2016 (n. 515 del 24 febbraio 2016).